



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65123>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

## Ondernemingsrecht

Mr. N. Lemmers (Van der Heijden Instituut,  
Radboud Universiteit Nijmegen)

**Periode 1 juli - 30 september 2004**

### REGELGEVING

#### *Wetsvoorstel aanpassing structuurregeling*

De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel aanpassing structuurregeling na beraadslaging zonder stemming aangenomen. De wet is op 9 juli 2004 ondertekend en gepubliceerd, tezamen met een kleine aanvullende rectificatie, in *Stb.* 2004, 370. De wet is op 1 oktober 2004 in werking getreden (*Stb.* 2004, 405). Tot zover deze wijziging van de structuurregeling, behandeld onder Kamerstuknummer 28 179. Een nieuwe discussie over de structuurregeling zal hoogstwaarschijnlijk losbarsten bij de behandeling van de nota *Modernisering van het ondernemingsrecht*.

#### *Modernisering van het ondernemingsrecht*

Op 7 september 2004 heeft de minister van Justitie de langverwachte nota *Modernisering van het ondernemingsrecht* (Kamerstukken II, 29 752, nr. 1 en 2) naar de Tweede Kamer gestuurd. Met deze nota opent de minister het debat over de algemene modernisering van het ondernemingsrecht. Aan dit debat heeft de minister al meerdere malen gerefereerd (zie bijvoorbeeld *Katern* 91 in het kader van de aanpassing van de structuurregeling). Deze nota dient een tweeledig doel. In de eerste plaats schept het een kader voor de beoordeling van de verschillende bestaande wetsvoorstellen op het terrein van het ondernemingsrecht. In de tweede plaats worden verschillende beleidsinitiatieven voor de verdere aanpassing van onderdelen van dat rechtsgebied bekendgemaakt. Voorbeelden van die initiatieven zijn de structuurregeling en een regeling voor openbare biedingen.

Deze modernisering van het ondernemingsrecht komt voort uit het streven naar een concurrerend Nederlands ondernemingsrecht. Nieuwe aandacht voor de organisatie van Nederlandse rechtsvormen en het ondernemingsrecht in brede zin, is volgens de minister noodzakelijk om Nederland te profileren als vestigings- en ondernemingsland. Bij het aantrekken van (buitenlandse) grote en kleine ondernemingen zal rekening moeten worden gehouden met concurrentie door andere landen.

De minister benadrukt dat een concurrerend ondernemingsrecht vorm kan worden gegeven door een juridische structuur die (i) flexibele rechtsvormen (waarover *Katern* 92) biedt die beantwoorden aan de behoeften van gebruikers, be-

langhebbenden en derden, (ii) binnen die rechtsvormen een evenwichtige bevoegdheid- en verantwoordingsstructuur heeft, (iii) tot een betrouwbare financiële informatie en verantwoording aanzet, (iv) misbruik tegen gaat en waar nodig effectief toezicht kent, en (v) snelle en efficiënte toegang tot de rechter verzekert.

#### *Corporate Governance; Code Tabaksblat*

Op 11 augustus 2004 is het verslag vastgesteld van een algemeen overleg tussen de vaste commissies voor Financiën, Economische Zaken en Justitie en de ministers van Financiën en Justitie (*Kamerstukken II*, 29 449, nr. 2). De minister van Financiën gaat in op een aantal aspecten van de code Tabaksblat, waaronder de rol van de institutionele beleggers en de rol van de AVA. De minister merkt ook op dat de code nauwelijks in strijd is met de Amerikaanse wet- en regelgeving. Mocht een bedrijf vanwege een notering aan de New York Stock Exchange toch niet voldoen aan de normen van de code, dan is dit een legitieme afwijkingsgrond. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) zal het hanteren van de 'pas toe of leg uit'-regel formeel toetsen. De AFM zal niet beoordelen of de redenen deugen.

Op 5 oktober 2004 is het onderzoeksrapport *Corporate Governance in Nederland 2004. De opvolging van de code geïnventariseerd* gepubliceerd. Het betreft een onderzoek van de Erasmus Universiteit Rotterdam over de navolging van de Code Tabaksblat zoals blijkt uit de jaarverslagen van Nederlandse ondernemingen over het boekjaar 2003. De algemene tendens die in dit onderzoek naar voren komt, is dat vennootschappen zich positief uitlaten over de code en verwachten dat het merendeel van de bepaling zonder al teveel problemen kan worden toegepast. De 'pas toe of leg uit'-regel wordt al door 40% van de ondernemingen gehanteerd, terwijl dat over het boekjaar 2003 niet verplicht is.

#### *Europese Vennootschap (SE)*

De Nederlandse wetgever blijft druk doende de Societas Europea (SE) vorm te geven (zie ook *Katern* 90, 91 en 92). Met het wetsvoorstel Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap (*Kamerstukken II*, 29 298) wordt de richtlijn die ingaat op de medezeggenschap en positie van werknemers van een SE geïmplementeerd. Door het aannemen van de Wet aanpassing structuurregeling zijn in dit wetsvoorstel enkele aanpassingen gemaakt middels een tweede nota van wijziging. In de afgelopen verslagperiode zijn er door verschillende Tweede-Kamerleden amendementen en één voorstel voor een motie ingediend. De motie is in de vergadering van de Tweede Kamer van 5 oktober 2004 verworpen, enkele amendementen zijn aangenomen. Het ge-

wijzigde wetsvoorstel is in zijn geheel door de Tweede Kamer aangenomen.

Het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap (*Kamerstukken II*, 29 309) gaat in op de keuzemogelijkheden die de verordening biedt. In de afgelopen verslagperiode is ook bij dit wetsvoorstel een tweede nota van wijziging ontvangen als gevolg van het aannemen van de Wet aanpassing structuurregeling. Tevens zijn een groot aantal amendementen ingediend. In de vergadering van de Tweede Kamer van 5 oktober 2004 is het wetsvoorstel, met enkele wijzigingen door aangenomen amendementen, aangenomen.

### Effectenrecht

De aandelenleaseproblematiek blijft de gemoederen bezighouden. De Commissie Geschillen Aandelenlease (CGA) heeft de opdracht tot bemiddeling tussen de verschillende partijen teruggeven aan de minister van Financiën (over de aandelenleaseproblematiek en de CGA zie *Katern* 87 en 89). De CGA heeft op verzoek van de minister van Financiën haar bevindingen in een eindrapport verwerkt. Op 14 juli 2004 heeft de minister dit eindrapport aan de Tweede Kamer verzonden (*Kamerstukken II*, 28 965, nr. 10). Het eindrapport bevat algemene informatie over het product aandelenlease, over de aanbieders en de door hen aangeboden producten en over de afnemersorganisaties met wie de commissie overleg heeft gevoerd. In het laatste hoofdstuk geeft de commissie haar algemene bevindingen in verband met de aandelenleasekwestie weer. Deze beschouwingen zijn gebaseerd op het inzicht dat de commissie door haar werk heeft verkregen.

Verscheidene leden van de Tweede Kamer spreken de bezorgdheid uit over de situatie die ontstaan is door het mislukken van de bemiddelingspoging van de CGA. Dit doen zij tijdens een algemeen overleg van de vaste commissie van financiën (nr. 11). Enkele leden van de commissie vragen een actievere houding van de minister in de aandelenleaseproblematiek. De minister informeert op 27 augustus 2004 met een brief (nr. 12) de Tweede Kamer over het kabinetsstandpunt aangaande de aandelenleaseproblematiek. In de kabinetsreactie wordt onder meer ingegaan op de rol van de overheid en op de maatregelen waarmee het kabinet beoogt een goede en voortvarende rechtsgang voor aanbieders en afnemers van aandelenleaseproducten te ondersteunen. De minister geeft daarnaast een inhoudelijke reactie op het eindrapport van de CGA en zet uiteen welke, met betrekking tot de aandelenleaseproblematiek, relevante activiteiten de overheid in het verleden heeft ontplooid en in de toekomst nog wenst te ontplooiën. Tevens gaat hij in op de relevante wet- en regelgeving aangaande de aandelenlease en de ontwikkelingen hierin.

Tenslotte bespreekt hij de rol en de activiteiten van de toezichthouders binnen deze aandelenleaseproblematiek en de belasting van de rechterlijke macht door de aandelenleaseprocedures.

De eerste stap naar de herziening van de financiële toezichtwetgeving is gezet (zie eerder *Katern* 86-89 en 91). Op 3 augustus 2004 is het wetsvoorstel Wet op het financieel toezicht (Wft) aan de Tweede Kamer aangeboden (*Kamerstukken II*, 29 708, nr. 1-2), gevolg door de memorie van toelichting (nr. 3) en het advies Raad van State en het nader rapport (nr. 4). Het wetsvoorstel Wft beoogt een helder inzicht te geven in de samenhang en verschillen tussen de normen die betrekking hebben op de financiële marktsector. Dit gebeurt onder meer door de splitsing van de Wft in een algemeen deel en verschillende bijzondere delen. Tevens worden de onderwerpen zoveel mogelijk gegroepeerd en zijn met elkaar samenhangende onderwerpen, zoals vergunningverleners en algemene bevoegdheden van de toezichthouders, in het algemeen deel bijeen gebracht. De wet heeft als belangrijk nieuw element de splitsing van het toezicht in twee onderscheiden toezichttaken: (i) prudentieel toezicht (door De Nederlandsche Bank) gericht op de financiële soliditeit van financiële instellingen en (ii) gedragstoezicht (door de AFM) gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.

Op het gebied van het effectenrecht zijn verder nog te noemen de ontwikkelingen aangaande de Wet op de financiële dienstverlening. In de afgelopen verslagperiode heeft het amendementen en wijzigingen van amendementen geregend, soms gevolgd door een reactie van de minister van Financiën (*Kamerstukken II*, nr. 29 507, nr. 7-26).

Tot slot nog even aandacht voor de fusie tussen De Nederlandsche Bank en de Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer (*Kamerstukken II*, 29 411). De Tweede Kamer heeft op 7 september 2004 het wetsvoorstel aangenomen. De vaste commissie voor financiën van de Eerste Kamer heeft het gewijzigd voorstel van wet ontvangen (nr. A) en ziet geen reden voor het maken van opmerkingen (nr. B).

### RECHTSPRAAK

#### *Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang*

Landzaad is directeur en 100% aandeelhouder van Graphics Relations BV en vennoot in een VOF. Graphics Relations BV is 100% aandeelhouder in drie andere BV's. Over en weer worden bedrijfsmiddelen verpand, aandelen verkocht en verklaren de BV's zich hoofdelijk medeschuldenaar voor di-

verse vorderingen. In alle transacties is Landzaad degene die alle vennootschappen en de VOF vertegenwoordigt. Zoals zo vaak is het faillissement van één of meerdere van de BV's de aanleiding tot een rechtszaak. Een van de drie andere BV's wil haar pandrecht uitwinnen en mengt zich in het faillissement. De curator betwist de vordering (HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 m.nt. J.M.M. Maeijer).

Het hof kwalificeert de argumenten van de curator als een beroep op artikel 2:256 BW. Het hof oordeelt dat Landzaad bij het aangaan van bovengenoemde rechtshandelingen een tegenstrijdig belang had met Graphic Relations BV. Het hof oordeelt voorts dat Landzaad op grond van de statuten van de BV niet bevoegd was tot vertegenwoordiging van die vennootschap, behoudens aanwijzing door de AVA. Van deze aanwijzing is volgens het hof niet gebleken. Aldus is de BV bij het afgeven van de hoofdelijkheidsverklaring en de verpanding niet rechtsgeldig vertegenwoordigd. Het gegeven dat Landzaad zowel bestuurder als enig aandeelhouder van de BV was, doet hieraan niet af. Het hof wijst de vorderingen af.

In cassatie wordt gesteld dat een succesvol beroep op artikel 2:256 BW vereist dat de curator uitdrukkelijk de nietigheid of vernietigbaarheid van de gewraakte rechtshandeling dient in te roepen. De Hoge Raad verwerpt dit middel. Indien sprake is van een tegenstrijdig belang situatie is sprake van onbevoegde vertegenwoordiging. Nietigheid of vernietigbaarheid op grond van artikel 2:14 BW, artikel 2:15 BW of artikel 2:247 BW is in een dergelijk geval niet aan de orde.

Daarnaast wordt in het cassatiemiddel gesteld dat artikel 2:256 BW uitsluitend in het belang van de aandeelhouders is opgenomen, zodat de curator op dit artikel geen beroep kan doen. De Hoge Raad verwerpt ook dit middel en wijst daarbij op eerdere arresten waarin reeds was uitgemaakt dat artikel 2:256 BW strekt tot bescherming van de vennootschap *in het algemeen*.

Ten slotte wordt in cassatie aangevoerd dat van een tegenstrijdig belang geen sprake kan zijn, indien een rechtshandeling tot stand komt tussen twee vennootschappen die worden bestuurd door één en dezelfde bestuurder die tevens enig aandeelhouder is in beide vennootschappen. Bovendien wordt gewezen op het feit dat geen actie tot vernietiging van een bestuursbesluit is ingesteld en de AVA de mogelijkheid heeft tot bekrachtiging. De Hoge Raad verwerpt ook dit middel en overweegt dat een tegenstrijdig belang eveneens kan bestaan wanneer de hoedanigheden van bestuurder/enig aandeelhouder van de beide vennootschappen die de transactie aangaan in één persoon zijn verenigd. In dat geval lopen de belangen van de beide vennootschappen niet noodzakelijkerwijs parallel en kan niet zonder meer worden aangenomen

men dat de AVA het onbevoegde handelen van de bestuur (stilzwijgend) heeft bekrachtigd. Uit de aan artikel 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt, dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is.

### *Aandelenleaseproblematiek*

Bij de bespreking van de ontwikkelingen op het gebied van de effectenrechtwetgeving is al even aandacht geschonken aan de belasting van de rechterlijke macht door alle aandelenleaseprocedures. Om een indruk te krijgen van de hoeveelheid aan aandelenleaseprocedures kunt u de effectenlease-special van de Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtpraak afl. 31, (14 augustus 2004) bekijken. De uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 7 juli 2004 in de zaak Leaseverlies c.s./Dexia Bank c.s., is daarin opgenomen onder nr. 411.

De Stichting Leaseverlies en de Consumentenbond treden op voor een groot aantal beleggers. De beleggers hebben allemaal een effectenleaseovereenkomst bij Dexia afgesloten. Door het dalen van de koersen op de effectenbeurs zijn deze beleggers aan het einde van de leaseperiode blijven zitten met een schuld aan Dexia. De Stichting Leaseverlies en de Consumentenbond procederen op grond van artikel 3:305a BW. Zij vorderen een verklaring voor recht dat het reclamemateriaal van Dexia misleidend was zoals bedoeld in artikel 6:194 BW (misleidende reclame), en dat Dexia gehouden is de diensentgevolge geleden schade te vergoeden, conform bepaalde richtlijnen.

In een tussenvonnis wijst de rechtbank de vordering af dat het reclamemateriaal van Dexia *in zijn algemeenheid* misleidend was. De rechtbank kan slechts oordelen over het al dan niet misleidend zijn van *individuele* reclame-uitingen. De vordering zal daarom moeten worden toegespitst op het reclamemateriaal van ieder van de effectenleaseproducten. De rechtbank wijst ook de vordering af voor recht te verklaren, dat de schade volgens bepaalde richtlijnen dient te worden toegewezen, in het geval dat het reclamemateriaal misleidend is. Volgens de rechtbank strekt artikel 3:305a lid 3 BW tot bescherming van gelijksoortige belangen van degene die de vordering instellen en niet van belangen van andere dan degene die de vordering instellen. Beoordeling van de toewijsbaarheid van dit gedeelte van de vordering vergt een feitelijk, geïndividualiseerd onderzoek naar de eventuele schade van effectenleasecontractanten, waarvoor de wetgever in de collectieve actie geen plaats heeft willen inruimen.

De rechtbank oordeelt ten slotte over de vraag of de reclame-uitingen met betrekking tot de zogeheten

ten winstverdriedubbelaar misleidend zijn. Ook al legt dit reclamemateriaal de nadruk op de positieve mogelijkheden van dit beleggingsproduct, het bevat eveneens uitdrukkelijke vermelding van het feit dat wordt belegd met geleend geld en dat men bij dalende koersen eventueel moet bijbetalen aan het einde van de looptijd. De rechtbank acht dit materiaal niet misleidend.

Alle partijen gaan in hoger beroep. Sommige partijen hebben een sprongcassatie overwogen en dit voorgesteld aan de overige partijen, maar uiteindelijk is daar niet voor gekozen. Er komt eerst een tweede volledige behandeling bij het hof en daarna hoogstwaarschijnlijk cassatie. Een definitieve uitspraak zal nog even op zich laten wachten. Wordt vervolgd.

Voorts nog een aantal andere interessante uitspraken:

- Hof 's Gravenhage Haag 27 mei 2004, *JOR* 2004/206 m.nt. B.P.M. van Ravels en W.J.M. van Andel (Stichting Vie d'Or c.s./PVK e.a.).
- Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2004, *JOR* 2004/233 m.nt. P.M. van der Zanden; *Ondernemingsrecht* 2004/13 met commentaar A.N. Krol (Stichting SOBI/Koninklijke KPN NV).
- Hof Amsterdam (OK) 2 september 2004, *ARO* 2004, 107 (Vereniging van Effectenbezitters c.s./Getronics NV e.a.).

## LITERATUUR

*Een selectie:*

- S.M. Bartman en J.B. Wezeman, *Arresten ondernemingsrecht, Rechtspersonen en vennootschapsrecht*, concernrecht, met annotaties, Supplement 2004 behorende bij editie 2001, Deventer: Kluwer 2004.
- J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge, *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 78), Deventer: Kluwer 2004.
- H.J.M.M. van Boxel, *De Europese Venootschap (SE), Nederlandse civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten*, Den Haag: SDU 2004.
- G. Ferrarini, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2004.
- H. de Groot, *Verdringt de Ltd de BV in het MKB?, Oftewel wat is er aan de hand met het Nederlandse ondernemingsrecht?*, Deventer: Kluwer 2004.
- J.J.A. Hamers e.a., *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.
- M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht* (Uit-

gave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 47), Deventer: Kluwer 2004.

- M.P. Nieuwe Weme, *Het verplicht bod op effecten* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 80), Deventer: Kluwer 2004.
- J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties, Omzetting van schuld in eigen vermogen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 79), Deventer: Kluwer 2004.
- B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004. 